

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO : atualidades e perspectivas

CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Atualidades e Perspectivas

O Código de Defesa do Consumidor nasce pela força da Constituição dos oitenta. E nasce com a marca inconfundível da declaração de direitos e garantias. E essa declaração é a espinha dorsal do sistema constitucional brasileiro, fincada no modelo racional-normativo da classificação, hoje clássica, de **Garcia-Pelayo**. O comando do constituinte é para que o Estado, na forma da lei, promova a defesa do consumidor, como está no art. 5º, XXXII. Isso quer dizer que a proteção ao consumidor é, hoje, um direito fundamental, garantido pela cobertura do art. 60, § 4º, a famosa cláusula pétrea, ou, como prefere **Gomes Canotilho**, limite expresso, selecionado pela Constituição, considerado cerne material da ordem constitucional, e, portanto, não disponível ao poder de emenda ou revisão.

Destacando a inovação, **Celso Ribeiro Bastos**, explica que a regra do art. 5º, XXXII,

é de transcendental importância, não só por estabelecer um dever para o Estado, como também para autorizar o legislador a que venha estabelecer regras processuais desparificadas, assim como um direito material não necessariamente igualitário, mas que terá, no fundo, a prevalência dos interesses do consumidor (Comentários à Constituição do Brasil, vol. 2, São Paulo, Editora Saraiva, 1989, pág. 160).

A qualidade de direito fundamental não ofusca a preocupação do constituinte em outras passagens, assim, a do art. 170, V, e a do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. No primeiro caso, o do art. 170, V, porque quis a Constituição explicitar que dentre os

princípios gerais da atividade econômica está a defesa do consumidor, no mesmo patamar de importância da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do **pleno emprego**. No segundo caso, porque demonstrou que o constituinte de 88 não estava disposto a amortecer o direto comando e impôs um prazo certo para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

Vê-se, pois, com toda clareza, que a vontade constituinte foi a de criar mecanismos que pudessem ser utilizados pelo consumidor brasileiro na defesa de seus direitos diante de um longo histórico, na verdade um prontuário, de violações dos direitos do consumidor.

O consumidor brasileiro padeceu, e, de fato, embora com menor intensidade, ainda padece, da falta de respeito nas suas relações de consumo. Sempre há um caso a relatar sobre o desleixo com que o consumidor é tratado no seu dia-a-dia. O Código de Defesa do Consumidor, de 1990, é agora um poderoso instrumento para reverter esse cenário, mas depende, fundamentalmente, da capacidade de exercício pleno dos direitos nele elencados.

A posição constitucional do consumidor autoriza uma reflexão ampliada sobre a natureza da especial proteção deferida, considerando uma sociedade de massa, com problemas sociais agigantados, sob a pressão de diversas situações discrepantes umas das outras no que se refere à capacidade de ingressar e permanecer nas relações de consumo. Isso quer dizer, concretamente, que os variados segmentos que compõem a sociedade brasileira sob esse ângulo, ou seja, a capacidade econômica para consumir, estão subordinados ao mesmo grau de pressão para adquirir ou utilizar produto ou serviço, mas com meios de defesa diferenciados em função, exatamente, do poder aquisitivo que cada

segmento dispõe e, ainda, de sua condição educacional de discernimento no mercado de oferta.

Sob a guarida dessa compreensão, pode-se dizer que a proteção ao consumidor está ligada diretamente ao direito que cada pessoa humana, que cada cidadão tem de escolher e de ser informado corretamente. É, igualmente, amparo constitucional claro, indiscutível, como consta do art. 5º, XIV.

A sociedade de massa, com agudas desarmonias sociais, precisa defender a relação de consumo pelo sentido maior do direito fundamental de informação, ao qual se vincula o direito da liberdade de escolher.

É esse, sem dúvida, o sentido maior da disciplina do Código de Defesa do Consumidor sobre a publicidade, a que dedica a Seção III, do Capítulo V, voltado para as práticas comerciais.

É importante traduzir esse pensamento sobre o direito de liberdade de escolher. É essencial para uma adequada compreensão do direito do consumidor na sociedade da informação, o tema deste seminário.

O homem nasce livre para a vida social, por sua igual natureza. Essa natureza reclama, como sinal da perfeição, a convivência social. E é na convivência social que aparece a desigualdade. Essa desigualdade é, basicamente, de natureza econômica. É de natureza econômica porque a sua marca é a aquisição do conhecimento e de bens necessários a uma vida digna. Alguns têm o privilégio de dispor do conhecimento e dos bens; outros não. Aqueles que estão no primeiro estrato alcançam um padrão de discernimento das coisas da vida mais elevado do que aqueles outros que estão no segundo estrato. Esse padrão diferenciado repercute na convivência social porque permite aos do primeiro estrato um acesso muito maior àquele que ocorre na vida social. Nesse sentido, amplia a liberdade

de escolher, pois aumenta a disponibilidade da oferta e a capacidade de obter o que é ofertado.

Mas esse espectro maior de liberdade de escolher não é o que interfere mais fundamente na vida social. E não é por uma razão simples: o comportamento social não está condicionado pela aquisição ou utilização de bens e serviços. Muito ao contrário, uma utópica sociedade igualitária não atinge a intimidade da razão humana, que dita o comportamento do homem em sociedade. Ela promove a igualdade no acesso aos bens e serviços, mas não necessariamente torna a pessoa humana livre da influência do seu meio, e, portanto, do que é por ele difundido. Com isso, embora possa ter acesso aos mesmos bens e serviços, quem quer que seja pode, ainda assim, manipular o comportamento social pela criação de modelos, ou tipos, ou circunstâncias que estimulam uma determinada reação social.

O que interfere com vigor na liberdade de escolher é a capacidade de discernimento, ou seja, a capacidade de dominar a sua vontade, apesar de seu meio. O homem capaz de exercer a sua vontade é capaz de livrar-se da influência de seu meio e, portanto, de gerenciar o seu próprio destino. Mas, é claro, para que isso ocorra, ainda que exista a disponibilidade do conhecimento e do domínio da vontade, é imperativo uma vigilância permanente e, ainda, a vida em uma sociedade que não multiplique o desejo de adquirir sempre mais bens e serviços, tanto quanto a criatividade humana possa ofertar.

Há, em um certo sentido, uma carga do meio sobre a vontade. Assim como Freud descobriu o acúmulo do inconsciente a causar desvios no comportamento, que a psicanálise pode desvendar, a vida social gera um sistema de represamento da vontade diante da oferta de bens e serviços conforme a capacidade de cada um para deles dispor. Os que conseguem adquirir o que aspiram têm um sinal de satisfação na sua inteligência, o que se expressa pelo conforto, pelo alívio, pelo ter o que

quer ter. Os que possuem mais do que aspiram, desfrutam da mesma sensação. Mas os que possuem menos do que aspiram, têm um sentimento completamente inverso, de frustração, de angústia, muitas vezes, de revolta.

Há, desse modo, uma ligação direta entre a vida social e a aquisição de bens e serviços. Ora, as sociedades de massa rapidamente transformaram-se em sociedades de informação, que passam por diversos estágios, até o fenômeno da comunicação massiva, que penetra no interior de cada pessoa humana, gerando uma dependência equivalente à dependência química. Como a sociedade não é igualitária, como nem todos têm um patamar de conhecimento suficiente, como a riqueza não está equitativamente distribuída, o direito da liberdade de escolher depende do comportamento da comunicação de massa, que, por seu turno, alcança diferentemente os diversos estratos sociais.

Liberdade de acesso à informação e impedimento de embaraçar a liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social somente podem ser tratados em conformidade com a liberdade de escolher de cada pessoa. Não fosse assim, estar-se-ia negando um valor fundamental que é o de defender-se contra tudo aquilo que possa limitar o exercício de sua vontade. E a informação jornalística trabalha, exatamente, sobre essa vontade, ou melhor dizendo, sobre o exercício da liberdade de escolher, direito inerente à natureza humana. Vale lembrar a advertência de **Pierre Bourdieu**:

E, insensivelmente, a televisão que se pretende um instrumento de registro, torna-se um instrumento de criação da realidade. Caminha-se cada vez mais rumo a universos em que o mundo social é descrito-prescrito pela televisão.

O consumidor, enquanto conceito jurídico, está nesse cenário social apenas, como categoria de adquirente de bens ou serviços. Todavia,

o consumidor está no cenário social antes como pessoa e, portanto, detentor de direitos inalienáveis, próprios da sua natureza racional e livre.

O consumidor, desse modo, está subordinado a uma sociedade que vive da informação, operada por agentes públicos e privados. Todos os agentes da informação trabalham sobre a sociedade na dimensão especial de opinião pública. A opinião pública é, nessa perspectiva, o conjunto do pensamento social em um determinado momento da história constituído pela informação disponível naquele momento, transmitida pelos meios também disponíveis naquele momento.

O trabalho sobre a opinião pública destina-se ao exercício da vontade de cada pessoa, acarretando a formação de correntes ensejadoras de um comportamento social voltado para uma direção certa. Quem opera a informação detém, portanto, um comando sobre a opinião pública.

É claro que há compartimentos, assim, por exemplo, o compartimento da informação sobre as lideranças políticas, sobre a legislação a vigor, sobre o papel das instituições, sobre o regime político. Esses compartimentos podem, ser denominados de compartimentos informativos. Teoricamente, destinam-se, apenas, a noticiar o que ocorre na sociedade. Contudo, há compartimentos da informação sobre as ofertas de bens e serviços postos à disposição da sociedade. Esses são compartimentos informativos insufladores. Hipoteticamente, são para insuflar a aquisição de bens e serviços, estão configurados na ciência da comunicação social como publicidade e *marketing*, nas suas mais variadas modalidades.

O consumidor está alcançado pelo compartimento informativo insuflador. O Código de Defesa do Consumidor cuida, portanto, desse aspecto da relação de consumo, considerando a vida em uma sociedade de consumo.

Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, em obra coletiva sobre o Código de Defesa do Consumidor, mostra que a sociedade de consumo

é, antes de tudo, um movimento coletivo, em que os indivíduos (fornecedores e consumidores) e os bens (produtos e serviços) são engolidos pela massificação das relações econômicas: produção em massa, comercialização em massa, crédito em massa e consumo em massa. E é inserida nesse novo modelo econômico e social que as práticas comerciais - como fenômeno igualmente de massa - ganham enorme relevo. Afinal, sem marketing, um dos diversos componentes das práticas comerciais, não haveria, certamente, sociedade de consumo.

É essa mesma a lição de **José Antonio de Almeida**, em artigo publicado na revista Direito do Consumidor, ao assinalar que o

direito do consumidor, corolário do reconhecimento da necessidade da defesa do consumidor, nasce, portanto, dentro da perspectiva histórica de que vivemos em uma sociedade de massa, em uma sociedade de consumo 'caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do *marketing*, assim como pela dificuldade de acesso à Justiça', como reconhecem Ada Pellegrini Grinover e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, enfatizando que tais aspectos marcaram o nascimento e desenvolvimento do direito do consumidor' (Revista de Direito do Consumidor nº 21, jan/mar – 1997, pág. 106).

Quais as prescrições legais? A primeira, é a de que a publicidade "*deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal*" devendo o fornecedor manter "*para informação aos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem*". A segunda, é a proibição de toda publicidade "*enganosa ou abusiva*". Enganosa, para o legislador, é "*qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem,*

preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços". Ademais, enganosa por omissão é a publicidade "quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço".

E abusiva,

dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à saúde ou segurança.

E, finalmente, o mais importante, porque assegura maior eficácia para a defesa do consumidor, é a inversão do ônus da prova, ou seja, o *"ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina"*.

Uma observação necessária é sobre o conceito de publicidade enganosa disciplinado pelo Código de Defesa do Consumidor. Para o consumidor, vale não só a propaganda direta como, também, a propaganda indireta, aqui reunida a mensagem posta em contexto, outro indutor do consumo, como, por exemplo, ocorre em novela de televisão ou em filmes. Esta última é, sem dúvida, a mais perigosa, é aquela que provoca o consumo em razão de um ambiente especialmente criado para dar proximidade ao que se desenrola na vida social.

Como identificar a publicidade enganosa?

Fábio Ulhoa Coelho adverte que a

qualificação de uma publicidade enganosa deve ser feita com critério. O fundamental na questão, é a transmissão de mensagem capaz de induzir em erro os seus destinatários. A informação falsa, total ou parcialmente, quando percebida como tal pelo consumidor, não é suficiente para a caracterização do ilícito. Se a propaganda atribui ao produto ou serviço uma qualidade ou efeito que, notoriamente, ele não tem, em função de uma específica técnica publicitária destinada a motivar a fantasia do consumidor, estaremos

diante da veiculação de um dado falso mas não enganoso. Perfeitamente adequado, portanto, aos delineamentos legais do sistema de proteção ao consumidor. A ninguém pareceria plausível que o consumo de certa marca de cigarro importasse no acesso a uma vida de aventuras e emoções. Por este motivo, se tal relação é insinuada ou mesmo expressamente afirmada em uma peça publicitária, não há engano, embora seja evidente a falsidade. Para que seja enganosa, a informação falsa deve ser recebida como verdadeira.

Por essa razão, **Fábio Ulhoa Coelho** considera que

não há como abstrair, na caracterização da publicidade enganosa, do dolo intencionalmente voltado a despertar um erro no espírito do consumidor. Sem o dolo, sem a veiculação de uma idéia travestida de verdadeira, não há publicidade enganosa. E esta indispensabilidade do elemento intencional é pertinente também à configuração do engano por omissão, em que um dado essencial do produto ou serviço é subtraído do conjunto de informações transmitidas, consoante o definido pelo art. 37, § 3º. A omissão deve ser dolosa para que seja ilícita a publicidade.

Por seu turno, **José Alexandre Tavares Guerreiro**, em obra coletiva organizada por **Geraldo Magela Alves**, procura destacar a regra sobre publicidade enganosa na desigualdade, pousado no conceito de vício do consentimento, distinto, porém, daquele do Código Civil. Diz o autor que para a

caracterização do erro, no direito comum, a doutrina tradicional requeria, daquele que o pudesse alegar, um juízo medido pelos parâmetros da inteligência comum e atenção ordinária. Dos requisitos, na ordem do direito civil, pressupõe uma igualdade razoável de consciência e cultura, entre todas as pessoas capazes de, em qualquer relação jurídica, terem o respectivo consentimento afetado pelo erro substancial. Por assim dizer, a noção privatística do erro presume um certo padrão de homogeneidade e compreensão em todos os níveis da sociedade em qualquer espécie de relação econômica. Visivelmente, o Código do Consumidor procura atender a desigualdades, materiais entre as pessoas, no contexto das relações de consumo em massa, tanto que, em mais de um dispositivo, inverte a presumida igualdade jurídica entre as pessoas, para diferenciar e outorgar disciplina especial a hipótese em que tal igualdade, jurídico-formal, passa a ser reconhecida como insuficiente. O art. 38, ao promover a

inversão do ônus da prova no tocante à veracidade e correção da publicidade, atesta o diverso fundamento que o Código procurou emprestar à tutela do consumidor. Mais caracteristicamente ainda, no art. 39, inciso IV, o Código erigiu à condição de parâmetro de julgamento, na igualdade contratual, a fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento, ou condição social (CRETELLA JÚNIOR, José, DOTTI René Ariel. Comentários do Código do Consumidor, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1992, pág. 126).

É preciso considerar a natureza da lei especial. Como já se disse antes, a relação de consumo ocorre em uma sociedade profundamente desigual no acesso aos bens e serviços, e também, e tal é a essência do raciocínio, desigual na compreensão da própria realidade social pela limitação que a falta de conhecimento traz ao exercício da liberdade de escolher.

Todo o sistema de proteção ao consumidor está subordinado ao fato da desigualdade. E, por isso, não me parece possível a interpretação da regra sobre propaganda enganosa na busca do dolo ou da intenção daquele que a patrocina. A posição acolhida neste particular por **Fábio Ulhoa Coelho** pode acarretar enorme dificuldade de aplicação da responsabilidade em razão da propaganda enganosa.

Na mesma linha de dificuldade, a propaganda enganosa, a meu juízo, não pode restringir-se ao fato da disparidade entre as qualidades postas na oferta e a realidade do produto ou serviço. É basicamente neste fato, mas não só nele. Por quê? Porque com as modernas técnicas de comunicação e de propaganda é muito possível enganar na indução ao consumo, ou seja, naquela situação em que a oferta do produto ou do serviço não se faz diretamente do anunciante ao consumidor, mas, sim, embutida em uma situação com trama desvinculada da oferta direta. Assim, por exemplo, quando em uma novela de grande audiência promove-se produto que na cena aparece com qualidades que efetivamente não dispõe, é possível configurar, dependendo das circunstâncias de fato, a

propaganda enganosa vedada pelo Código de Defesa do Consumidor. E não poderia ser de outra forma pelo sentido de credibilidade que passa ao consumidor a promoção de produto em um cenário construído para o êxito.

Atilio Aníbal Alterini, comentando sobre o panorama internacional do controle da publicidade e da comercialização, mostra com muita clareza que a publicidade é o modo de captar o consumidor potencial, tal como previsto no "*Fair Trading Act*" britânico de 1973. Essa captação vincula o ofertante ao consumidor, tal como no direito norte-americano (Código Comercial Uniforme) que obriga o vendedor pelas afirmações inexatas feitas ao público pela justificável confiança que criarão, ainda que tal aconteça sem culpa ou que o consumidor não tenha relação contratual com o vendedor. E aplica-se, então, a noção de garantia quando se assegura a qualidade na publicidade (pára-brisas apresentado como inquebrável e que quebra: *Baxter vs. Ford*) ou mesmo implicitamente se o produto resulta defeituoso (explosão de botijão de gás: *Escola vs. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*).

A severidade na proteção ao consumidor e a conseqüente apuração de responsabilidades diante da propaganda enganosa, em sociedade atropelada pela informação, está, também, no grau de politização e de conscientização dos cidadãos. Basta, para que se comprove a assertiva, comparar a evolução da responsabilidade pelo dano moral a partir da Constituição de 1988, com o art. 5º, V e X.

É preciso não esquecer que estamos cuidando do consumidor em uma sociedade que privilegia a comunicação de massa e que condiciona boa parte de seus juízos pelo que recebe dos meios de comunicação. Para uma grande parte da população, o que é ditado pela comunicação é, também, verdade. Nesse sentido, o que não tem repercussão jornalística não existe, isto é, o veículo de comunicação social forma o juízo do seu destinatário.

O conceito de propaganda enganosa não pode, portanto, ser diluído na generalidade técnica. Deve, muito ao contrário, levar em conta a situação concreta do momento em que é veiculada, tudo para permitir ao intérprete conhecer a capacidade de recepção do consumidor. Note-se que muitas inovações na propaganda, algumas derivadas de estudos científicos, incluída a lingüística dentre as ciências que contribuem para isso, são imperceptíveis, isto é, são subliminares, alcançando o consumidor desprevenido, que recebe a mensagem no seu inconsciente e tende a incorporar, por exemplo, determinado hábito alimentar em razão da publicidade.

Quem trabalha na área técnica sabe identificar a distinção semântica entre propaganda e publicidade, que, no Brasil, desde a Lei nº 4.680, de 1965, são utilizadas como sinônimas. Na verdade, a propaganda tem, exatamente, o sentido de plantar uma idéia na inteligência do destinatário. Ora, a preocupação do intérprete deve ser a de proteger o consumidor contra a invasão da sua mente pela técnica da propaganda. Nesse sentido, a publicidade enganosa do art. 37 do Código do Consumidor embute a cautela de proibir a propaganda capaz de induzir em erro o consumidor, incutindo-lhe uma crença que reduz o seu juízo de valor sobre o produto ou serviço que é tornado público.

É por essa razão mesma que com o Código do Consumidor criou-se uma vinculação da oferta na disciplina do art. 30. Com esse dispositivo está o legislador impondo um vínculo entre aquele que oferta e aquele que potencialmente pode adquirir o produto ou serviço. Como anota **Fábio Ulhoa Coelho,**

uma vez provada a veiculação, em oferta ou publicidade, de uma informação suficientemente precisa, pode o consumidor pleitear a sua execução específica.

Nessa medida, complementa o art. 31 que a

oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidades, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

É claro que o Código do Consumidor terá sua repercussão definida pelo uso, o que quer dizer pela prestação jurisdicional concreta.

O enquadramento do Código do Consumidor começa a aparecer nas decisões judiciais e serve como parâmetro para a compreensão da regra jurídica. Vejamos alguns casos.

Uma das primeiras sentenças conhecidas vem do Rio Grande do Sul, prolatada pelo Juiz Wilson Carlos Roddycz. A Associação de Proteção ao Consumidor ajuizou ação civil pública contra a Nestlé, a DPZ Duailibi Petit Zaragoza Propaganda S.A. e CONAR - Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária. O objeto era comerciais veiculados pela televisão: um deles se passava em armazém, onde garotos removiam uma tampa e entravam agachados e em silêncio para não despertar o guarda que estava dormindo, apanhavam uma sobremesa, que se encontrava na geladeira e, ao saírem, o guarda acordava, escorregava em bolinhas de gude, não havendo demonstração alguma de que houvessem pago o produto; em outro, meninos vestidos com capas de chuva amedrontavam as meninas com rãs, fazendo com que entregassem produtos Nestlé que se encontravam na geladeira. Para a associação autora, os comerciais, no entender de um consumidor de grau intelectual mediano, dão a idéia de assalto e chantagem, previstos na legislação penal, o que não foi aceito pelo CONAR, que considerou lúdico o conteúdo dos comerciais, tendo remodelado apenas um deles com o desaparecimento do armazém. A veiculação foi retirada posteriormente pela Nestlé. O pedido foi feito com apoio no art. 37, §§ 1º e 2º, do Código. E a sentença julgou procedente a ação determinando a proibição definitiva da veiculação. Para o Juiz, os comerciais continham mensagens implícitas negativas, assim a

presença do elogio da impunidade que é o que significa o sucesso das ações '*criminosas*' cometidas e apresentadas como coisa aceitável e caminho eficiente para a felicidade (Direito do Consumidor, vol. 1, pág. 222).

Em outro julgado, mais recente, de 1997, com o voto condutor do Senhor Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**, o Superior Tribunal de Justiça desafiou o art. 30 do Código. Tratava-se de uma ação ordinária proposta contra determinada empresa em decorrência de danos causados pela participação da empresa autora em consórcio de veículos, que veio a sofrer liquidação extrajudicial decretada pelo Banco Central. A sentença extinguiu o feito ao fundamento de não ter a empresa-ré legitimidade passiva, ademais da impropriedade do procedimento escolhido. O voto condutor proveu o especial para cassar a decisão de indeferimento da inicial com as seguintes razões:

(...) Pretende ela ser indenizada pelos prejuízos que sofreu com o descumprimento do contrato de consórcio para aquisição de um automóvel que ela acreditava ter firmado com a empresa Motorauto S.A. E enumera as circunstâncias que a levaram a assim pensar: o consórcio denominava-se Motorauto; a sede era no endereço da empresa Motorauto S.A.; os telefones são os mesmos; a publicidade feita destacava apenas a logomarca Motorauto; os vendedores apresentavam cartões da Motorauto; os veículos dos consorciados eram entregues pela Motorauto S.A.; a empresa administradora do consórcio e a Motorauto S.A. pertencem a membros de um mesmo núcleo familiar.

Por isso pretende, com base nos dispositivos do Código Civil, que dispõem sobre responsabilidade civil (arts. 158 e 1.518), e nos artigos do Código do Consumidor (arts. 4º e 30), ver declarada a responsabilidade da ré, que permitiu essa situação enganadora quando da comercialização das quotas do consórcio, e a sua condenação à indenização pertinente, que restringiu à devolução do que pagou.

Assim posta a causa, ela somente poderia ser mesmo dirigida contra a Motorauto S/A, pois é dela que a autora pretende receber a indenização pelo dano sofrido por confiar na situação que a empresa ré permitiu fosse criada em torno do empreendimento, fato relevante não apenas para o interesse individual da reclamante, mas também à sociedade de consumo e à economia popular.

A autora quer ver reconhecida a responsabilidade de quem fez a publicidade, nos termos do art. 30 do CODECON, e extrair dali as consequências necessárias. Não afirma ser a ré a administradora do consórcio, apenas lhe atribuiu ter permitido fossem criadas as condições para que os outros confiassem no empreendimento, que aparecia como sendo seu, ou pelo menos de sua responsabilidade, explorando a credibilidade e a confiança que obteve no mercado. É como se nos consórcios que hoje são feitos em nome de grandes empresas fabricantes, como por exemplo o consórcio GM, pudesse esta escusar-se de qualquer responsabilidade, atribuindo-a a uma outra pessoa jurídica, desconhecida e sem qualquer idoneidade no mercado. A defesa poderia ser apresentada, mas não é legítima e fere a boa-fé (REsp nº 113.012/MG, DJ de 12/5/97).

Outro precedente, este do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, considerou a empresa ré responsável pela propaganda enganosa, destacando o voto do Juiz **Quintino do Prado**:

Fácil constatar a forma com que a apelante vem induzindo o público em erro quanto à quantidade e ao preço dos produtos por ela ofertados. Dos anúncios trazidos à colocação com a peça de ingresso, constata-se que as advertências feitas ao público consumidor, no tocante à duração das promoções, passam facilmente despercebidas, não só pela letra minúscula usada, bem como pela incômoda posição vertical ao anúncio, não percebendo-se, tal advertência, no conteúdo publicitário de toda a página.

Comentando o art. 30, da Lei 8.078/90, observa Francisco Cavalcanti, que: 'O objeto de norma é vincular o fornecedor à oferta pública, realizada, evitando que a informação ou publicidade sedutora não seja apenas um veículo para atrair clientes ao estabelecimento do ofertante. Em se tratando de oferta promocional deve o fornecedor, no corpo da mensagem, deixar clara a limitação temporal da oferta'. (Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Livraria Del Rey Editora, 1991, p. 80) (Revista de Direito do Consumidor, vol. 15, págs. 165/166).

E comentando esse acórdão, **Fábio Ulhoa Coelho** destaca o art. 36 do Código (A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal), para asseverar que correto o Tribunal

ao identificar a publicidade como enganosa, cujo conceito é diverso de propaganda simulada ou abusiva, já que a publicidade enganosa há indução ao consumidor a erro acerca do produto ou serviços por meio de falsas afirmações ou ausência de informações essenciais. No caso do acórdão, a ausência de informações acerca do produto e das condições do negócio foram tão limitadas ou disfarçadas que caracterizou-se a publicidade vedada pela lei, a qual exige apenas a potencialidade da indução do consumidor em erro (Revista de Direito do Consumidor, vol. 15, pág. 167).

É preciso considerar, ainda, que a publicidade enganosa é crime contra as relações de consumo, tal como prescrito no art. 7º, VII (induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive veiculação ou divulgação publicitária), da Lei nº 8.137/90. Vale mencionar precedente do Superior Tribunal de Justiça (Habeas Corpus nº 2.553/MG, DJ de 29/3/75), designado para o acórdão o Senhor Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**, com a ementa seguinte:

HC - CONSTITUCIONAL PROCESSUAL PENAL - CONSUMIDOR - DENÚNCIA - CONSÓRCIO - PUBLICIDADE ENGANOSA - A exigência do art. 41, CPP significa descrição do fato com todas as suas circunstâncias. A denúncia deve ser formal e materialmente homogênea. Formal, quando ajusta a descrição aos fatos; material, desde que exista um mínimo de indício, no sentido técnico da palavra, qual seja, fato do qual possa decorrer a demonstração ou a busca da evidência de outro fato. Consórcio é reunião de pessoas que formam poupança a fim de adquirir, com pagamentos parcelados, determinado bem, cujo preço será uniforme para todos os consorciados, independentemente da data de recebimento do bem obtido por sorteio ou lance. Publicidade enganosa ou abusiva é induzimento de terceiros a erro para realizar algum negócio jurídico. Como infração penal, é fim em si mesma. Assim, não resta configurada quando se destina a atrair pessoas para aderir a consórcio. Este é contrato formal. A pessoa atraída, antes de firmar a avença, tem conhecimento das respectivas cláusulas. Em sendo estas legais, nenhum ilícito se caracteriza.

Mas o voto vencido do Senhor Ministro **Anselmo Santiago** considerou que a

divulgação em panfletos e outros meios de comunicação que os aparelhos, objetos do consórcio, eram adquiridos diretamente da fábrica (Sharp do Brasil S/A), o que, sem dúvida iludiu consumidores que se convenceram que estavam adquirindo produtos diretamente do fabricante, sem intermediários e conseqüentemente com preços melhores. Além disso, cobraram importâncias acima do preço tabelado e congelado pelo Poder Público.

Há, ainda, outro precedente, que merece referido, do Superior Tribunal de Justiça, Relator o Senhor Ministro **José Arnaldo da Fonseca** (Habeas Corpus nº 5.194/GO, DJ de 1º/9/97). A ordem foi impetrada contra decisão do Tribunal de Justiça de Goiás que considerou o Habeas Corpus via inidônea para exame aprofundado de provas, presente inquérito policial preparatório para a ação penal. No caso, a Associação dos Moradores do Setor Criméia Leste, Goiânia, pediu a instauração de inquérito contra o paciente, representante legal da empresa Rápida Araguaia Ltda., concessionária do Sistema Integrado de Transporte Urbano, havendo imputação de propaganda enganosa, crime previsto no art. 66 do Código do Consumidor. O voto condutor afastou a arguição de ilegitimidade da entidade representativa,

eis que os seus associados utilizam-se dos serviços explorados pela empresa concessionária de transporte, e assim está legitimada para agir no exercício de representação coletiva de interesses dos associados, em geral, ou de interesses individuais integrados na coletividade.

Considerou, ainda, que

a *notitia criminis* envolve delito de ação pública incondicionada, que impõe a adoção de providências para apurar responsabilidade pela sua prática.

Todavia, a Corte considerou que a expressão divulgado "*transporte levado a sério*" não configura conduta típica, eis que "*nada diz sobre os atributos da oferta dos serviços prestados pela Rápido Araguaia Ltda.*" Registra apenas, com outras palavras, que o transporte de passageiros merece o cuidado do dirigente da empresa. E isso poderia

acontecer, mesmo se estivesse demonstrada a sua incompetência gerencial, como opinou o Dr. Eitel Santiago, em parecer reproduzido pelo voto condutor, o qual considerou, também, as informações sobre a disponibilidade de lugares na linha. Por isso, *"não deparando com comportamento típico sob o ponto de vista penal, configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução criminal"*.

A jurisprudência, certamente, será responsável pela construção protetora dos direitos do consumidor. Está apenas começando. Um longo caminho ainda deverá ser percorrido.

Esses são alguns traços sobre esse tema complexo e fascinante. A sociedade é que será responsável pela aceitação e a prática desse Código recente, mas que diz com a vida social, com a dignidade do cidadão consumidor e usuário.